kelig, om de faktiske omstændigheder materielt er rigtige samt om der foreligger en klar faktisk vildfarelse eller magtfordrejning.

5. Såfremt der i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, anmodes om fritagelse fra forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, påhviler det i første række de berørte virksomheder for Kommissionen at fremlægge dokumentation, der kan bevise fritagelsens økonomiske berettigelse.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 14. maj 1985 *

Høje Domstol.

A. Den sag, som jeg skal udtale mig om i dag, drejer sig om spørgsmålet, om konkurrenceklausuler, som er aftalt i anledning af salg af virksomheder, kan være forenelige med fællesskabsretten.

1. For at forklare de omstændigheder, som har ført til de i 1979 og 1980 aftalte konkurrenceklausuler, må jeg gå tilbage til 1974. På det tidspunkt havde firmaet NV Verenigde Bedrijven Nutricia (herefter benævnt Nutricia), som fremstiller helsekost og børnemad, købt to selskaber:

— selskabet Remia BV (herefter benævnt Remia), som i det væsentlige fremstillede saucer, margarine og basisprodukter til bagerier, samt

— selskabet Luycks Produkten BV (herefter benævnt Luycks), som ligeledes fremstillede saucer samt sursyltede produkter (pickles) og krydderier, specielt eddike og sennep.

Efter at have overtaget Remia og Luycks centraliserede Nutricia afsætningen, men opretholdt i begyndelsen de oprindelige produktionsanlæg. Afsætningen blev inden for Nutricia-koncernen varetaget af fire salgsafdelinger:

— Nutricia's salgsafdeling varetog fortsat salget af de traditionelle nutriciaprodukter, altså af helsekost og børnemad;

— Luycks salgsafdeling varetog salget af Luycks produkter samt af de af Remia fremstillede saucer;

— Nutremia's salgsafdeling beskæftigede sig med salget af kondenseret mælk, chokolademælk og margarine;

— Remia's salgsafdeling varetog salget af olier og fedtstoffer samt udførsel af remiaprodukter, men beskæftigede sig ikke med salg af saucer.

I 1977 og 1978 led Luycks og Remia driftstab. Efter anbefaling fra et konsulentfirma foretog Nutricia en omlægning af produk-

* Oversat fra tysk.

tionen, således at produktionen af saucer blev koncentreret på Remia, medens Luycks fortsat skulle varetage produktionen af sursyltede produkter og krydderier. Denne omlægning blev blandt andet tilstræbt i håb om på denne måde lettere at finde købere til Remia og Luycks, da Nutricia igen ville koncentrere sig om sine hovedaktivitet, helsekost og børnemad. Omlægningen blev foretaget i 1979, men det har dog ikke kunnet fastslås under denne sag, om den blev gennemført før eller efter oktober 1979.

2. Ved kontrakt af 31. august 1979 blev Remia solgt til hr. de Rooij. Denne kontrakt (herefter benævnt »sauce-aftalen«) bestemte, at Nutricia den 1. oktober 1979 ville overdrage sin aktieandel i Remia til hr. de Rooij sammen med eneforhandlingsretten til de konsumvarer, der produceres af eller for Remia, og eneforhandlingsretten i Nederlandene til de saucer, der fremstilles af eller for Luycks. Nutricia indestod for, at Luycks overholdt denne klausul. Det drejer sig om pommes frites-saucer, mayonnaise, salatdressing, garnersauce, paprikasauce, saté-sauce, tomatketchup, karrysauce, frikadellesauce, grillsauce samt blandinger af disse saucer. I henhold til sauce-aftalens artikel 5 forpligtede Nutricia sig til indtil den 30. september 1989 hverken direkte eller indirekte at producere eller sælge saucer på det nederlandske marked samt til at sikre, at Luycks også overholdt denne klausul. Der blev ganske vist i en overgangsperiode indtil 1. juli 1980 givet Luycks ret til at fremstille saucer til eksport og til det nederlandske marked og at sælge dem, for så vidt de ikke blev solgt af Remia.

I henhold til sauce-aftalens artikel 6 fik Remia samt dets datter- og søsterselskaber ret til at benytte varemærket Luycks for de nævnte saucer. Denne ret gjaldt for salg til hoteller og catering-virksomheder og skulle udløbe efter to år den 1. oktober 1981.

I sauce-aftalens artikel 7 blev der indrømmet hr. de Rooij samt Remia og dettes datterselskaber option og dertil svarende forkøbsret indtil 1. juli 1980 til de i Diemen (Luycks' hjemsted) beliggende driftsanlæg til fremstilling af saucer. Denne option er dog ikke blevet udnyttet.

I den følgende periode er en del af medarbejderne ved Luycks' og Nutremia's salgsafdelinger blevet ansat hos Remia. Der er ikke blevet udleveret kundelister til Remia.

3. Ved kontrakt af 6. juni 1980 (»aftalen om sursyltede produkter«) solgte Nutricia med virkning fra 4. juli 1980 Luycks til selskabet Zuid-Hollandse Conservenfabriek BV (herefter benævnt »Zuid«), som er et datterselskab i Campbell-koncernen. I aftalen om sursyltede produkter artikel V, stk. 1, litra f). forpligtede Zuid sig til at respektere de forpligtelser, som er pålagt Luycks i sauce-aftalen. Disse forpligtelser er nærmere beskrevet i bilag XXIII til aftalen om sursyltede produkter. Det blev dog forudsat, at kun Luycks og dets datterselskaber, men ikke andre af Zuid uafhængige virksomheder, var bundet af disse forpligtelser.

Ifølge artikel IX, stk. 1, i aftalen om sursyltede produkter forpligtede Nutricia sig til i fem år hverken direkte eller indirekte at producere eller sælge sursyltede produkter eller krydderier i »europæiske lande«.

4. I juni og juli 1981 anmeldte Nutricia i henhold til artikel 4 i forordning nr. 17 de den 31. august 1979 og 6. juni 1980 indgåede aftaler til Kommissionen for De europæiske Fællesskaber og fremsatte i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, begæringer om fritagelse for kartelforbudet i EØFtraktatens artikel 85, stk. 1, for disse aftaler.

5. Den 12. december 1983 traf Kommissionen beslutning, hvis artikler 1-5 lyder således:

a) Artikel 1: Den konkurrenceklausul, der er fastsat i artikel 5 i aftalen af 31. august 1979 mellem NV Verenigde Bedrijven Nutricia og Drs. F. A. de Rooij, udgør fra den 1. oktober 1983 en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Artikel 2: Den konkurrenceklausul, der er fastsat i artikel IX, stk. 1 og artikel V, stk. 1, litra f), i aftalen af 6. juni 1980 mellem NV Verenigde Bedrijven Nutricia og Zuid-Hollandse Conservenfabriek BV, udgør fra den 4. juli 1982 en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Samme klausul udgør fra det tidspunkt, hvor den blev vedtaget, en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, for så vidt som den anvendes på et geografisk område, der strækker sig ud over det belgiske, det nederlandske og det tyske marked.

Artikel 3: Begæringerne om fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, for de i artikel 1 og 2 omhandlede aftaler kan ikke tages til følge.

Artikel 4: NV Verenigde Bedrijven Nutricia, Drs. F. A. de Rooij, Remia BV, Zuid-Hollandse Conservenfabriek BV og Luycks Producten BV bringer omgående anvendelsen af de i artikel 1 og 2 omhandlede konkurrenceklausuler til ophør.

Artikel 5: Denne beslutning er rettet til

— NV Verenigde Bedrijven Nutricia, Zoetermeer,

— Drs. F. A. de Rooij, Den Dolder,

— Remia BV, Den Dolder,

— Zuid-Hollandse Conservenfabriek BV, Zundert, og

— Luycks Producten BV, Diemen. [1]

b) I betragtningerne til sin beslutning beskriver Kommissionen først de pågældende markeder, handelen mellem medlemsstaterne samt Remia's og Luycks' stilling på markedet. Jeg vil ikke her gengive indholdet af denne redegørelse, da den i sin uforkortede form indeholder forretningshemmeligheder, som ikke er bestemt til offentliggørelse. Jeg henviser dog til beslutningens betragtninger nr. 6-15 samt 37 og 38, som i uforkortet form foreligger for såvel parterne som for Domstolen.

I sin retlige vurdering anfører Kommissionen først, at ifølge EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, er alle aftaler med virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for Fællesskabet, uforenelige med fællesmarkedet og forbudt. Ganske vist falder ikke enhver konkurrencebegrænsning, som aftales i sammenhæng med salg af en virksomhed, ind under dette forbud.

Allerede i sin beslutning af 26. juli 1976 [2] er Kommissionen kommet til den opfattelse,

1 — EFT 1983 L 376, s. 22 ff.

2 — Reuter/BASF, EFT 1976, L 254, s. 40.

at det kan være nødvendigt at pålægge sælgeren konkurrenceklausuler, når salget af en virksomhed ikke kun vedrører overdragelse af materielle aktiver, men også goodwill og kundekreds. Den aftalte konkurrenceklausul for sælgeren er under disse omstændigheder en lovlig foranstaltning, med hvilken det skal sikres, at sælgerens forpligtelse til at overdrage virksomhedens fulde goodwill opfyldes.

Den beskyttelse, der gives erhververen, kan dog ikke være ubegrænset. Den må være begrænset til det mindstemål, som er objektivt nødvendigt for at gøre det muligt for erhververen ved en aktiv konkurrenceindsats at kunne overtage sælgerens hidtidige markedsposition. Det er ikke muligt at fastsætte et tidsrum, der passer for alle tilfælde som beskyttelsesfrist. Ved fastsættelsen af sådanne forbuds objektivt nødvendige varighed skal der blandt andet tages hensyn til følgende kriterier:

— det tidsrum, som erhververen af en virksomhed behøver for at opbygge en kundekreds;

— den hyppighed, hvormed forbrugerne i den pågældende branche skiftede mærke og vareart;

— det tidsrum, der er nødvendigt, for at vænne forbrugerne til varer, der nylig er bragt på markedet, eller til nye varemærker;

— det tidsrum, i hvilken sælgeren efter salget af virksomheden uden konkurrenceklausul ville være i stand til med held igen at trænge ind på markedet og igen tiltrække sin gamle kundekreds.

Varigheden af ledsagende aftaler, som f.eks. erhververens midlertidige ret til at benytte overdragerens varemærker eller salgspersonale, kan ligeledes være et nyttigt kriterium ved bestemmelsen af den frist, der er nødvendig for at overdrage hele sælgerens goodwill og kundekreds til erhververen.

Også konkurrenceklausulens geografiske omfang skal være begrænset til, hvad der er objektivt nødvendigt for at nå det nævnte formål. Som regel bør en sådan klausul derfor kun omfatte de markeder, på hvilke de pågældende varer på tidspunktet for aftalens indgåelse fremstilles eller sælges.

Ved vurderingen af klausulerne i sauceaftalen har Kommissionen taget hensyn til, at produktionen af de pågældende varer ikke kræver kostbar teknologi. Parterne er åbenbart gået ud fra, at et tidsrum på to år var tilstrækkeligt til at tillade Remia at benytte Luycks' varemærke, mens Remia samtidig forsøgte at indføre sit eget varemærke og vinde kundernes tillid. Da disse nye kunders tillid dog havde kunnet undergraves, hvis Nutricia (henholdsvis Luycks) efter et fravær på kun to år igen havde kunnet trænge ind på markedet og derved havde kunnet benytte Luycks' varemærke, forekommer et tidsrum på yderligere to år objektivt nødvendigt for at gøre det muligt for Remia at konsolidere sin nye kundekreds. Følgelig forekommer et tidsrum på fire år at være den yderste grænse for konkurrenceklausulens lovlige varighed. Et tidsrum på ti år er med sikkerhed ikke objektivt nødvendigt.

I det omfang, det salgspersonale, som ikke er overført til Remia, med sine forretningsforbindelser udgør en del af den goodwill, som er overdraget, er der blevet givet afkald på denne del, og en beskyttelse kan derfor ikke kræves.

Udvidelsen af Nutricia's tiårige konkurrenceklausul til Luycks-Zuid kan ikke opretholdes, hvis konkurrenceklausulen som sådan er ugyldig i forhold til Nutricia. Det kan ganske vist anføres, at udvidelsen har tjent til at beskytte en forholdsvis lille virksomhed mod en stor koncerns (Campbell) datterselskab. Imidlertid er Campbell-koncernen intetsteds dominerende på det relevante sauce-marked, mens Remia besidder den største enkelte markedsandel på det nederlandske marked.

Det nævnte konkurrenceforbud påvirker handelen mellem medlemsstater; i hvert fald er det egnet til at påvirke denne i den i artikel 85, stk. 1, forudsatte betydning. Forpligtelsen til at afholde sig fra at fremstille saucer i Nederlandene har virkninger for samhandelen inden for Fællesskabet, da den forbyder Luycks-Zuid den grænseoverskridende saucehandel med Forbundsrepublikken Tyskland fra 1. juli 1980. Desuden ville denne begrænsning forhindre Campbell-koncernen i at benytte sit datterselskab i Nederlandene som importør for saucer, som er fremstillet andre steder i EØF. Begrænsningen har været egnet til at påvirke handelen mellem medlemsstater, senest, da varemærket Luycks den 1. oktober 1981 igen udelukkende stod til rådighed for Luycks-Zuid for saucer.

Ifølge EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, kan forbudet i artikel 85, stk. 1, under de der nævnte betingelser ganske vist erklæres uanvendeligt. Hvis konkurrencebegrænsningerne imidlertid gik ud over, hvad der objektivt var nødvendigt for at sikre overdragelsen af den solgte virksomheds samlede forretningsværdi, kan der kun under særlige omstændigheder blive tale om en fritagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Det må navnlig bevises, at kontraktbestemmelserne er nødvendige for at sikre virkeliggørelsen af andre formål end blot erhververens behov for at konsolidere sin erhvervelse.

Parterne har dog ikke bevist, at anvendelse af artikel 85, stk. 3, på de to anmeldte aftaler er berettiget. Ifølge sagsøgte er det heller ikke klart, at konkurrenceforbudets omfang, dets varighed og/eller gyldighedsområde går ud over, hvad der er nødvendigt for overdragelsen af den solgte virksomheds samlede forretningsværdi, kan have fordele, som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved. De nævnte kontraktlige konkurrenceforbud havde ingen påviselige objektive fordele, som var tilstrækkelige til at udligne de væsentlige ulemper for konkurrencen på de relevante markeder. Af disse grunde kan der ikke blive tale om fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3.

6. Remia, de Rooij og Nutricia har den 16. februar 1984 anlagt sag til prøvelse af denne beslutning fra Kommissionen. Sagsøgerne har nedlagt påstand om,

a) at det statueres, at den anfægtede beslutning fejlagtigt er rettet til de Rooij,

b) at beslutningen annulleres, og at det statueres, at den i beslutningens artikel 1

omtalte konkurrenceklausul ikke udgør en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, i hvert fald ikke (allerede) fra 1. oktober 1983,

subsidiært: det statueres, at Kommissionen fejlagtigt har undladt at bringe artikel 85, stk. 3, i anvendelse, og

c) at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sagsøgernes søgsmålsgrunde og væsentligste argumenter er følgende:

Sagsøgte har ikke fyldestgørende begrundet konkurrenceforbudets begrænsning til fire år og har ikke taget tilstrækkeligt hensyn til de særlige forhold i det enkelte tilfælde. Det tiårige konkurrenceforbud har været nødvendigt, for at Remia kunne sikre Remia's og Luycks' tidligere markedsandel. Hvis den tidligere produktions- og markedsføringsstruktur blev bibeholdt, ville begge virksomheder, både Luycks og Remia, være dømt til undergang. Konkurrenceforbudet har blandt andet skulle sikre, at i hvert fald Remia's 230-250 beskæftigedes arbejdspladser blev sikret. Endvidere skulle der have været taget hensyn til, at kun en del af Luycks' salgsafdeling er overgået til Remia, mens de øvrige sælgere på saucemarkedet er forblevet hos Luycks og fortsat er beskæftiget med et tilgrænsende virksomhedsområde, nemlig salg af sursyltede produkter. Desuden har Remia kun lov til at udnytte det — godt indarbejdede — mærke Luycks i to år; hvis varemærket Luycks snart blev anvendt for saucer produceret af Luycks selv, ville det nødvendigvis have ført til, at Remia's stilling på markedet blev truet.

Remia er med indførelsen af sit eget mærke »McMillan« i 1981 blevet lagt hindringer i vejen af Luycks. I foråret 1982 iværksatte Luycks et stort fremstød for saucer under varemærket Luycks, som Remia har måttet søge domstolenes beskyttelse imod.

Allerede ved kontraktens indgåelse har man måttet regne med, at Luycks kunne blive solgt til en væsentligt stærkere konkurrent, hvilket faktisk skete i juni 1980.

Handelen mellem medlemsstater blev ikke hindret ved konkurrenceforbudet. Luycks-Zuid har ikke fået forbud mod at indføre saucer til Nederlandene eller udføre dem fra Nederlandene. Kun varemærket Luycks har ikke måttet anvendes. I øvrigt har Remia været parat til at acceptere en fortolkning af sauce-aftalens artikel 5, som er forenelig med EØF-traktatens artikel 85.

Det er med urette, at fritagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, er blevet nægtet. Sagsøgte skulle også inden for disse rammer have taget hensyn til henholdsvis Remia's og Luycks' finansielle og økonomiske situation. Sagsøgte skulle have taget i betragtning, at ca. 230-250 arbejdspladser blev bevaret. Ved koncentreringen af saucefremstillingen hos Remia er sauceproduktionens know-how blevet uddybet. Produktion og markedsføring af saucer er blevet forbedret under opretholdelse af en optimal konkurrence. Også konkurrencestrukturen har forbedret sig, da i det mindste én af de små virksomheder har kunnet overleve på et oligopolistisk marked.

Endelig er beslutningen fejlagtigt rettet til de Rooij. Denne har blot som fremtidig ejer af Remia underskrevet sauce-aftalen, som har omfattet flere selvstændige retshandeler. de Rooij kan ikke anses for en »virksomhed« i den i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, forudsatte betydning.

Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse og om, at sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sagsøgte er for det første af den opfattelse, at sagsøgerne ikke tilstrækkeligt har redegjort for deres søgsmålsgrunde. Det centrale i deres indlæg er, at sagsøgte ikke har givet en tilstrækkelig og behørig begrundelse for sin beslutning. Materielt angår dette anbringende dog en angiveligt urigtig anvendelse af EØF-traktatens artikel 85; der kan derfor ikke tages hensyn til den fremstilling, der således er henført under et urigtigt anbringende. Kommissionen er derfor kun subsidiært gået ind på de nævnte argumenter.

Efter Kommissionens mening er sagsøgerens anbringende om, at dens egen beslutning ikke er tilstrækkeligt begrundet, urigtigt. Begrundelsespligten er opfyldt, når de faktiske omstændigheder og de afgørende betragtninger, som ligger til grund for beslutningen, er angivet tilstrækkeligt klart.

I øvrigt har sagsøgte i det væsentlige fremført de samme argumenter, som allerede er indeholdt i beslutningen. Desuden har Kommissionen henvist til, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, ikke kan erklæres for uanvendelig på konkurrencebegrænsende aftaler, blot fordi de skal beskytte en virksomhed, der arbejder med tab.

Endelig er beslutningen også rettet til de Rooij med rette. De Rooij har som erhvervsdrivende medvirket ved sauce-aftalens indgåelse. Der er indrømmet ham selvstændige rettigheder ved siden af Remia's og Remia's datterselskabers rettigheder.

Sluyck BV (som er den nuværende betegnelse for det tidligere firma Luycks), som er interveneret i sagen til støtte for sagsøgte, har ligeledes nedlagt påstand om, at sagsøgte frifindes, og at sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sluyck har gjort gældende, at selskabet har lidt betydelige tab, siden det blev solgt til Sluyck. Dets fortsatte eksistens vil være i fare, hvis det ikke igen kan være aktivt på saucemarkedet. Selskabet er herved også henvist til sit varemærke Luycks, som det allerede har benyttet i mere end et århundrede, og uden hvis udnyttelse det ikke er indbringende at drive virksomhed på saucemarkedet. Selskabet må i denne forbindelse også kunne forsyne det nederlandske marked, da virksomhed udelukkende til eksport ikke er økonomisk forsvarlig.

7. På spørgsmål fra Domstolen har sagsøgerne givet nogle nærmere oplysninger om deres påstand. Sagsøgte har givet en nærmere redegørelse for datoerne i beslutningens artikel 2.

Sagsøgerne har anført, at deres påstand i første række er rettet mod konstateringen i beslutningens artikel 1 a, at konkurrenceklausulen i sauceaftalen for Luycks fra den 1. oktober 1983 udgør en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Det påstås ikke udtrykkeligt, at det statueres, at sagsøgtes konstatering i beslutningens artikel 2 er ugyldig. Da det i beslutningens artikel 2 omhandlede konkurrenceforbud imidlertid blot vedrører udvidelsen af det i sauce-aftalen indeholdte konkurrenceforbud til Luycks købere, står de to konkurrenceforbud i nøje materiel sammenhæng. Subsidiært nedlægges der dog påstand om, at det statueres, at også beslutningens artikel 2 er ugyldig.

Sagsøgte har erkendt, at der ved formuleringen af artikel 2 har indsneget sig en åbenbar fejl. Datoen i artikel 2 — den 4. juli 1982 — angår det i artikel IX, stk. 1, i aftalen om sursyltede produkter omhandlede konkurrenceforbud i sektoren for

sursyltede produkter og krydderier for Nutricia, mens den i artikel V, stk. 1, litra f), indeholdte udvidelse af konkurrenceforbudet i saucesektoren for Luycks til Zuid først udgør en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, fra 1. oktober 1983.

B. Min stillingtagen til denne sag er følgende:

1. a) Trods de forklaringer, som parterne har givet os om påstandens omfang og om rækkevidden af Kommissionens beslutning, anser jeg det for hensigtsmæssigt endnu engang nøjagtigt at afgrænse denne sags genstand. For det første er sagsøgerens påstand nemlig ikke formuleret lysende klart, for det andet indeholder beslutningens artikel 2 en uheldig sammenblanding af to forskellige konkurrenceforbud og er, trods den af Kommissionen afgivne forklaring, stadig ikke umiddelbart forståelig.

Beslutningens artikel 2 taler om »den konkurrenceklausul, der er fastsat i artikel IX, stk. 1, og artikel V, stk. 1, litra f), i aftalen af 6. juni 1980«. I de nævnte artikler nævnes der dog ikke et enkelt konkurrenceforbud, derimod indeholder artikel V udvidelsen af konkurrenceforbudet i saucesektoren i sauce-aftalen til Zuid, mens artikel IX omhandler de konkurrencebegrænsninger for Nutricia's aktiviteter på markedet for sursyltede produkter, som Nutricia har påtaget sig til fordel for Zuid. Endvidere er det uklart, hvilke af disse konkurrencebegrænsninger, der er omfattet af artikel 2, andet punktum, som uden differentiering begynder med ordene »samme klausul«. Ifølge dette punktum er et konkurrenceforbuds geografiske område ulovligt, for så vidt det strækker sig ud over det belgiske, det nederlandske og det tyske marked; i punkt 38 i beslutningens begrundelse nævnes ligeledes disse tre markeder i sammenhæng med det konkurrenceforbud, som Nutricia har påtaget sig til fordel for Zuid. Derfor er jeg af den opfattelse, at dette punktum skulle angå artikel IX i aftalen om sursyltede produkter.

Således renset skal beslutningens artikel 2 altså forstås således:

Den konkurrenceklausul, der er fastsat i artikel V, stk. 1, litra f), i aftalen af 6. juni 1980 udgør fra 1. oktober 1983 en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Konkurrenceforbudet for sektoren for sursyltede produkter i artikel IX, stk. 2, i aftalen af 6. juni 1980 udgør fra 4. juli 1982 (altså efter at der er forløbet to år, fra aftalen af 6.6.1980 trådte i kraft den 4.7.1980) en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. For så vidt denne klausul anvendes på et geografisk område, der strækker sig ud over det belgiske, det nederlandske og det tyske marked, udgør den fra datoen for sin ikrafttræden en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

I stævningen har sagsøgerne dels nedlagt påstand om, at det statueres, at Kommissionens beslutning er ugyldig, dels også om, at det statueres, at beslutningen fejlagtigt er rettet til de Rooij, at det omtalte konkurrenceforbud ikke allerede fra 1. oktober 1983 er i strid med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, og at Kommissionen under alle omstændigheder fejlagtigt har undladt at bringe artikel 85, stk. 3, i anvendelse.

På baggrund af sagsøgernes skriftlige og mundtlige indlæg — herunder den redegørelse, der er afgivet som svar på Domstolens spørgsmål — samt på grundlag af deres

interesser forstår jeg sagsøgernes påstand således, at de ønsker følgende annulleret:

— beslutningens artikel 1 vedrørende konkurrenceforbudet i sauce-aftalen, for så vidt det vedrører tiden efter 1. oktober 1983;

— beslutningens artikel 2, for så vidt den vedrører udvidelsen af konkurrenceforbudet i sauce-aftalen til Zuid og angår tiden efter 1. oktober 1983;

— beslutningens artikel 3, for så vidt den angår ikke-anvendelse af artikel 85, stk. 3, på konkurrenceforbudet i sauce-aftalen og dettes udvidelse til Zuid efter den 1. oktober 1983;

— beslutningens artikel 4, for så vidt denne omfatter konkurrenceforbudet i sauce-aftalen og dettes udvidelse til Zuid;

— artikel 5, for så vidt de Rooij nævnes som adressat for beslutningen.

Det i beslutningens artikel 2 omtalte konkurrenceforbud, som Nutricia har påtaget sig til fordel for Zuid på markedet for sursyltede produkter, er efter min mening ikke genstand for denne sag. For det første har sagsøgerne intet fremført, hvoraf det kan udledes, at deres søgsmål også er rettet mod beslutningen vedrørende dette konkurrenceforbud. For det andet har de, og navnlig Nutricia, formentlig ingen interesse i en annullation af denne del af Kommissionens beslutning, som udvider deres aktivitetsmuligheder i forhold til artikel 9 i aftalen om sursyltede produkter. En interesse i opretholdelsen af dette konkurrenceforbud kan kun Sluyck, som er interveneret på sagsøgtes side, have, men Sluyck kan dog som intervenient på sagsøgtes side ikke nedlægge påstand herom, men kun støtte dennes påstande, jfr. artikel 37 i statutten for Domstolen (EØF).

b) Efter at jeg nu har afgrænset den foreliggende sags genstand, vil jeg kort redegøre for, i hvilken rækkefølge jeg vil gennemgå de nævnte retsspørgsmål.

Efter en bemærkning om en formalitetsindsigelse fra sagsøgte vil jeg undersøge, om de foreliggende konkurrenceforbud materielt er omfattet af forbudet i EØF-traktatens artikel 85. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, må det overvejes, om de særlige karaktertræk ved den her foreliggende kontraktskonstellation — konkurrenceforbudene findes hver især i kontrakter om salg af virksomheder — alligevel udelukker anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, i hvert fald for en vis periode. Endelig må det så undersøges, om der yderligere skal overvejes en fritagelse for kartelforbudet i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3.

2. Før jeg går ind på realiteten i parternes anbringender, må jeg kort tage stilling til Kommissionens formalitetsindsigelse om, at sagsøgerne har henført deres argumenter om urigtig anvendelse af EØF-traktatens artikel 85 under anbringendet om, at Kommissionens beslutning ikke er tilstrækkeligt begrundet. På grund af denne fejlagtige subsumption kan der ifølge sagsøgte ikke tages hensyn til dette anbringende.

Det kan medgives sagsøgte, at sagsøgerens anbringende ikke altid forekommer klart ved første blik. Det er af og til ikke straks klart, om det går ud på, at EØF-traktatens artikel 85 principielt ikke kan anvendes på konkurrenceforbud, som står i sammenhæng med kontrakter om salg af virksomheder, eller at betingelserne i EØF-traktatens

artikel 85, stk. 1, eller betingelserne for fritagelse i artikel 85, stk. 3, er opfyldt.

Alligevel kan sagsøgernes anbringende fuldt ud forstås ud fra den samlede helhed, som det indgår i. Dette er tilstrækkeligt til at opfylde de krav, som Domstolen stiller til sagsøgerens søgsmålsgrunde. Domstolen forlanger ikke, at sagsøgeren udtrykkeligt skal henføre den anfægtede mangel under en af de fire søgsmålsgrunde i EØF-traktatens artikel 173. »Det er tilstrækkeligt, hvis fremstillingen af søgsmålsgrundene ved deres indhold viser, hvilken søgsmålsgrund sagen støttes på, uden at denne desuden udtrykkeligt betegnes ved traktatens terminologi; det er dog en betingelse, at det af stævningen tilstrækkeligt klart fremgår, hvilken af de i traktaten nævnte søgsmålsgrunde, der gøres gældende« [3]. Sagsøgernes fremstilling af søgsmålsgrundene opfylder disse krav, da det i hvert enkelt tilfælde kan ses, hvilken søgsmålsgrund, der påberåbes. Fremstillingen af søgsmålsgrundene må således i den foreliggende sag tages i betragtning i sit fulde omfang.

3. Prøvelsen af, om betingelserne i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, er opfyldt, kan ske forholdsvis hurtigt. Ifølge EØF-traktatens artikel 85 er alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt.

a) Konkurrenceforbudet i sauce-aftalens artikel 5 forbyder Nutricia og Luycks enhver virksomhed på det nederlandske saucemarked i ti år. Under den mundtlige forhandling har sagsøgernes befuldmægtigede bekræftet, at der med denne bestemmelse ikke blot mentes virksomhed under benyttelse af varemærket eller firmaet Luycks, men enhver virksomhed, uanset under hvilket mærke eller hvilket firma.

Det kan ikke betvivles, at et fuldstændigt konkurrenceforbud, altså forpligtelsen til hverken direkte eller indirekte at være virksom på et bestemt marked i en bestemt periode, må anses for en aftale, som har til formål eller til følge at hindre konkurrencen. Dette er der heller ikke uenighed om mellem parterne i sagen. I begge aftaler deltog der også andre virksomheder, nemlig firmaerne Nutricia, Remia m.fl. i sauce-aftalen af 31. august 1979, firmaerne Nutricia og Zuid i aftalen om sursyltede produkter af 6. juni 1980. For så vidt er der kun uenighed mellem parterne om, hvorvidt de Rooij som deltager i sauce-aftalen ligeledes skal betragtes som »virksomhed«.

Dette spørgsmål må efter min mening besvares bekræftende af to grunde:

For det første er de Rooij medkontrahent i sauce-aftalen. I denne aftale nævnes han for det første som køber. Sagsøgernes forklaringer om, at sauce-aftalen indeholder en hel række retshandeler, som ikke kan anses for en enhed, må jeg ganske vist for så vidt tilslutte mig, som aftalen faktisk ud over den egentlige aftale om virksomhedssalg indeholder yderligere bestemmelser. Men de Rooij er også involveret i disse yderligere bestemmelser som berettiget. Således har han ifølge aftalens artikel 7, stk. 2, forkøbsret til Luycks' produktionsanlæg. Endvidere skal han ved alle de kontraktlige forpligtelser for sælgeren, som ikke udtrykkeligt udpeger en umiddelbart berettiget, anses for berettiget: i dette tilfælde består

3 — Dom af 15. 12. 1961 i de forenede sager 19 og 21/60 og 2 og 3/61 — Société Fives Lille Cail m.fl. mod Den Høje Myndighed for EKSF — Sml. 1954-1964, s. 269, org. ref.: Rec. 1961, s. 559.

sælgerens forpligtelse over for alle andre medkontrahenter. Dette gælder navnlig for aftalens artikel 5, som forpligter Nutricia til hverken direkte eller indirekte at sælge og/eller producere de i artikel 4 nævnte saucer i Nederlandene, medmindre *køberen* (de Rooij) tillader dette.

De Rooij's rolle er således ikke begrænset til rollen som den fremtidige ejer af Remia; i sauce-aftalen er der derudover givet ham forskellige beføjelser og konstitutive rettigheder, som gør det nærliggende at betragte ham som en person, der handler som virksomhed.

b) Endvidere er det omtvistet, om konkurrenceforbudet i sauce-aftalen kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

I denne sammenhæng må der henses til, at konkurrenceforbudet i sauce-aftalen gælder for hele det nederlandske område. Hvis en aftale gælder for hele en medlemsstats område, er den efter sin art egnet til at påvirke samhandelen inden for Fællesskabet, fordi den bevirker en styrkelse af opdelingen i nationale markeder inden for Fællesskabet. Den hæmmer derfor den med traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksen af markederne [4]. Den bestemmelse, som forbyder Nutricia direkte eller indirekte at sælge eller fremstille saucer på det nederlandske marked, gælder ikke blot for den indenlandske produktion af saucer, men også for indførsel af saucer fra andre medlemsstater. Dette forbud kan således »direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt« [5] påvirke handelen mellem medlemsstater.

c) Konkurrenceforbudet i sauce-aftalen af 31. august 1979 opfylder således alle betingelser for at falde ind under forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

d) Afsluttende må det bemærkes, at konkurrenceforbudet i sauce-aftalens artikel 5 ikke kun er bindende for Nutricia, men også for Luycks, i hvis navn Nutricia har optrådt. Følgelig er også Luycks umiddelbart bundet af sauce-aftalens artikel 5, således at det spørgsmål opstår, om artikel 5, stk. 1, litra f), i aftalen om sursyltede produkter af 6. juni 1980 kan anses for et selvstændigt konkurrenceforbud. I artikel V i aftalen om sursyltede produkter garanteres Zuid Nutricia, at Luycks ikke vil tilsidesætte forpligtelserne i henhold til sauce-aftalen. Jeg fortolker denne bestemmelse således, at Zuid dels tager de Luycks påhvilende forpligtelser til efterretning, dels forpligter sig over for Nutricia til at garantere, at Luycks opfylder disse forpligtelser. Det Luycks påhvilende konkurrenceforbud gentages indholdsmæssigt blot konstaterende, men kredsen af påtaleberettigede, som kan kræve dette konkurrenceforbud overholdt, udvides med Nutricia, således at artikel V i aftalen om sursyltede produkter for så vidt har selvstændig betydning.

4. Selv om betingelserne i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, således er opfyldt, er sagsøgte af den opfattelse, at konkurrenceforbudet i en periode på fire år, altså indtil 31. oktober 1983, ikke falder ind under disse bestemmelser i EØF-traktaten. Sagsøgte har fastslået dette under henvisning til en tidligere afgørelse [2]

4 — Dom af 17. 10. 1972 i sag 8/72 — Vereeniging van Cementhandelaren mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber — Sml. 1972, s. 251, jfr. s. 256.

5 — Jfr. dom af 29. 10. 1980 i de forenede sager 209-215 og 218/78 — Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen — Sml. 1980, s. 3125, jfr. s. 3274.

2 — Reuter/BASF, EFT 1976, L 254, s. 40.

uden dog at bevilge fritagelse fra kartelforbudet i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3.

Jeg vil i det følgende beskæftige mig med spørgsmålet, om det er muligt, uden for fritagelsesproceduren i henhold til artikel 85, stk. 3, ikke at anvende forbudet i artikel 85, stk. 1, på en konkurrencebegrænsende aftale, som begrebsmæssigt falder ind under EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, må det endvidere undersøges, hvilke retsregler der må gælde for en sådan »ikke-anvendelse« af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Drøftelsen af dette spørgsmål er ganske vist ikke af betydning for perioden indtil 31. oktober 1983, men den bliver afgørende for den periode, for hvilken sagsøgte mener, at artikel 85, stk. 1, finder anvendelse, altså for perioden fra oktober 1983 til oktober 1989.

Såvidt jeg kan se, har Domstolen endnu ikke behandlet spørgsmålet om ikke-anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, uden for fritagelsesproceduren i henhold til artikel 85, stk. 3. Selv om der ikke i traktaten kan findes noget umiddelbart holdepunkt for ikke-anvendelse af artikel 85, stk. 1, besvares spørgsmålet om dens lovlighed bekræftende i litteraturen, navnlig for så vidt angår aftaler om salg af virksomheder [6]. Sådanne undtagelser fra kartelforbudet er heller ikke ukendte i den nationale konkurrenceret [7].

På det nationale område træffer vi såvel på kontraktligt aftalte som på ved lov fastsatte konkurrenceforbud, som f.eks. agenter, interessenter eller anpartshavere eller direktører i selskaber.

For spørgsmålet, om EØF-traktatens konkurrencebestemmelser finder anvendelse, kan det dog ikke gøre nogen forskel, om konkurrenceforbudet beror på kontraktlig aftale eller på lovbestemmelser. Selv om konkurrencebestemmelserne »ganske vist vedrører virksomheders adfærd og ikke de af medlemsstaterne ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, er staterne ikke desto mindre i henhold til traktatens artikel 5, stk. 2, forpligtet til ikke ved national lovgivning at skade den ensartede anvendelse — i hele fællesmarkedet — af fællesskabsreglerne... samt til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler« [8].

En ikke-anvendelse af artikel 85, stk. 1, på de aftaler, som der her er tale om, kan således kun bero på fællesskabsretlige grundsætninger.

I litteraturen om fællesskabsretten anføres det, at konkurrencebegrænsninger, som aftales i sammenhæng med kontrakter om salg af virksomheder, ganske vist for en abstrakt betragtning principielt opfylder betingelserne i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. De må imidlertid ses på baggrund af deres økonomiske sammenhæng, da de kan være nødvendige for overhovedet blot at muliggøre overdragelse af visse økonomiske værdier. Dette gælder navnlig for overgang af kundeforbindelser, øvrig goodwill og

6 — Jfr. Ch. Bail, note 171 f til EØF-traktatens artikel 85 i Groeben-Boechk-Thiesing-Ehlermann, Kommentar zum EWGV; M. Waelbroeck i Mégret m.fl., »Le Droit de la Communauté économique européenne«, bind 4, Concurrence, s. 10 f; se derimod: M. Koch, note 39 til artikel 85 i: Grabitz, Kommentar zum EWGV.

7 — Jfr. f.eks. Bundesgerichtshof's dom af 3. 11. 1981 — journal nr.: KZR 33/80 i: Neue Juristische Wochenschrift 1982, s. 2011.

8 — Dom af 10. 1. 1985 i sag 229/83 — Leclerc — Sml. 1985, s. 17, præmis 14.

af know-how, som ofte udgør en betydelig del af en virksomheds formueværdi. Da virksomheder hører til de formueværdier, som kan være genstand for en købekontrakt, må konkurrenceforbud i en vis udstrækning være tilladt ved salg af virksomheder. Sælgeren af en virksomhed vil også uden udtrykkelig aftale ifølge en sådan kontrakts mening og formål have pligt til i en rimelig periode ikke at konkurrere med erhververen. Det må forhindres, at sælgeren bagefter gennem egen konkurrenceaktivitet igen unddrager køberen eller skader de kundeforbindelser, som han har solgt sammen med virksomheden og fået betaling for. Således kan et for virksomhedssalget nødvendigt konkudrrenceforbud ikke være ulovligt, men det må dog ikke gå udover, hvad der geografisk, tidsmæssigt og sagligt er nødvendigt.

Også efter min mening er en undtagelse fra kartelforbudet i artikel 85, stk. 1, i det nævnte omfang tænkelig og mulig. Sådanne immanente konkurrenceforbud ved salg af virksomheder kan, skønt de ikke udtrykkeligt er nævnte i artikel 85, stk. 3, være lovlige, for så vidt køberen af en virksomhed skal beskyttes mod sælgerens konkurrence, som i modstrid med købekontrakten igen ville berøve ham det, som sælgeren skylder ham. Ligesom konkurrencebegrænsninger kan fritages i henhold til artikel 85, stk. 3, hvis de er nødvendige til opnåelse af de dér nævnte positive formål, er ikke-anvendelse af kartelforbudet efter min mening muligt, når det er nødvendigt for at opnå lovlige kontraktsformål som f.eks. opfyldelse af en kontrakt om salg af en virksomhed.

Ved denne ikke-anvendelse af artikel 85, stk. 1, som går ud over bestemmelsen i artikel 85, stk. 3, må der efter min mening foretages en afvejning svarende til den, der er foreskrevet i artikel 85, stk. 3. Med hensyn til fremgangsmåden ville jeg ikke have betænkeligheder ved at anvende de i henhold til artikel 87 udstedte bestemmelser tilsvarende.

Dette ville blandt andet have til følge, at beslutningen om fritagelse i henhold til artikel 8 i forordning nr. 17 måtte træffes begrænset til et bestemt tidsrum.

Hvis grundprincipperne for fritagelse fra kartelforbudet således kan anvendes på det her foreliggende problem på tilsvarende måde, vil dette have en yderligere følge for spørgsmålet, om Kommissionens beslutning kan prøves af Domstolen. Da betingelserne for beslutningen om fritagelse kun er defineret generelt, har Kommissionen også ved anvendelse af denne bestemmelse i overensstemmelse med dens formål et vidt skøn. Domstolen har fastslået, at artikel 85, stk. 3, gør det nødvendigt at foretage vanskelige vurderinger af økonomiske forhold. Tilsvarende må den retlige prøvelse af sådanne vurderinger tage hensyn hertil også ved konkurrenceforbud, som står i forbindelse med salg af virksomheder, og derfor begrænse sig til at angå rigtigheden af de til grund liggende faktiske omstændigheder og disses subsumption under gældende retsbegreber. Den skal, som Domstolen har udtalt, først og fremmest dreje sig om kartelmyndighedernes beslutningers begrundelse, hvoraf det skal fremgå, hvilke kendsgerninger og overvejelser de nævnte vurderinger er baseret på [9].

9 — Jfr. dom af 13. 7. 1966 i de forenede sager 56 og 58/64 — Consten GmbH og Grundig-Verkaufs-GmbH mod Kommissionen — Sml. 1965-1968, s. 245.

Når jeg nu prøver sagsøgtes beslutning ud fra disse synspunkter, kommer jeg til det resultat, at der ikke kan rejses tvivl om gyldigheden af beslutningens artikel 1.

Sagsøgte har principielt erkendt, at det kan være nødvendigt at pålægge sælgeren kontraktlige konkurrencebegrænsninger. Sagsøgte har endvidere anført, at denne beskyttelse ikke kan være ubegrænset, men skal være begrænset til det mindstemål, der gør det muligt for erhververen ved en aktiv indsats i konkurrencen at overtage den stilling på markedet, som sælgeren tidligere indtog. Sagsøgte har endelig erklæret, at det ikke er muligt at fastsætte en periode som beskyttelsesfrist, der passer på alle tilfælde, og har derefter nævnt de kriterier, som sagsøgte anser for at være af betydning.

Hvis der henses til den omstændighed, at Remia først måtte benytte Luycks' indførte varemærke i to år, henses der endvidere til, at produktionen af de pågældende varer ikke krævede højt udviklede *teknologi*, og henses der endelig til, at i hvert fald en del af Nutricia's salgspersonale er overgået til Remia, kan det ikke kritiseres, at Kommissionen har begrænset konkurrenceforbudet til en periode på yderligere to år. Jeg kan i hvert fald ikke se, hvorfor en periode på fire år (to år under navnet Luycks og to år uden konkurrenten Luycks) ikke skulle have gjort det muligt for Remia gennem en aktiv indsats i konkurrencen at overtage den stilling på markedet, som sælgeren tidligere indtog. Navnlig det af sagsøgerne anførte om, at Kommissionen ved afgørelsen af, om artikel 85, stk. 1, overhovedet kunne anvendes, skulle have taget hensyn til de pågældende virksomheders økonomiske situation samt til den omstændighed, at der ved konkurrenceforbudet blev bevaret arbejdspladser, kan ikke rokke ved sagsøgtes principielle beslutning om, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, efter fire års konkurrenceforbud igen fandt anvendelse.

Hvis vi, som jeg har redegjort for tidligere, har set den — tænkelige — grund til ikkeanvendelse af kartelforbudet ved kontrakter om salg af virksomheder i, at køberen må sikres erhvervelse af den købte virksomhed, da det må gøres muligt for ham gennem en aktiv indsats i konkurrencen at overtage sælgerens tidligere stilling på markedet, må der navnlig tages hensyn til omfanget af, hvad de Rooij faktisk har erhvervet fra Nutricia.

Han erhvervede følgende: selskabet Remia, en tidsmæssigt ubegrænset ret til at sælge de af eller for Remia fremstillede konsumvarer, en tidsmæssigt begrænset ret til at sælge saucer fremstillet af eller for Luycks.

Han erhvervede ikke: selskabet Luycks, varemærket Luycks, heller ikke Luycks' produktionsanlæg, som anvendtes til saucefremstilling, skønt de Rooij fik en tidsmæssigt begrænset mulighed for at købe disse produktionsanlæg.

Hvis man tager i betragtning, at de Rooij i det væsentlige har erhvervet selskabet Remia og dettes produktionsaktiviteter samt selskabet Luycks' »uvirksomhed« i saucesektoren, og at Luycks desuden heller ikke kunne sælge sit produktionsanlæg til fremstilling af saucer til de Rooij, så har sagsøgte efter min opfattelse allerede imødekommet sagsøgerne meget langt; sagsøgte har dog principielt anerkendt, at det må gøres muligt for erhververen at overtage sælgerens tidligere position på markedet, og det skønt kun en del af

produktionsanlægget er overtaget, mens en anden del forblev hos sælgeren, men dog ikke længere kunne benyttes til de tidligere formål.

Trods dette anser jeg den periode på fire år for passende, som sagsøgte har fastsat for ikke-anvendelse af kartelforbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Jeg kan i hvert fald ikke se, hvorfor det retligt skulle være forbudt at udstrække den i EØF-traktaten ikke udtrykkeligt nævnte ikke-anvendelse af artikel 85, stk. 1 , på konkurrenceforbud, der står i forbindelse med kontrakter om salg af virksomheder, til en længere periode.

Som mellemresultat vil jeg fastholde følgende:

Hvis vi antager, at det er muligt i en bestemt periode ikke at anvende EØF-traktatens generelle konkurrencebestemmelser på konkurrenceforbud, som aftales i forbindelse med salg af en virksomhed, er artikel 1 i sagsøgtes beslutning gyldig, da en fireårig undtagelse fra kartelforbudet i traktatens artikel 85 er tilstrækkelig til at nå de formål, der lovligt forfølges med virksomhedsoverdragelsen. Hvis vi ikke antager denne mulighed, kommer vi til samme resultat: så vil konkurrenceforbudet ganske vist fra begyndelsen udgøre en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, men for tiden før 1. oktober 1983 vil det dog ikke være genstand for denne sag, da der ikke foreligger en beslutning fra sagsøgte for denne periode. Kun såfremt Domstolen når til den opfattelse, at et konkurrenceforbud af de nævnte kontraktsiboende grunde er nødvendigt ved salg af virksomheder og i det *konkrete* tilfælde nødvendigt og lovligt ud over den 1. oktober 1983, skal Domstolen udtale sig om det principielle spørgsmål, der så opstår. Dette er efter min mening af de tidligere nævnte grunde ikke nødvendigt, da den fireårige periode forekommer mig at være det yderste, som kan anses for lovligt, såfremt man i en vis periode vil undtage det her omtvistede konkurrenceforbud fra kartelforbudet. Skulle Domstolen imidlertid være af en anden opfattelse, beder jeg om et fingerpeg herom. I så fald vil det nemlig efter min mening være nødvendigt at foretage yderligere efterforskninger for at se, om medlemsstaternes retsordener eller i hvert fald nogle af dem indeholder sådanne undtagelser fra de almindelige bestemmelser om konkurrenceforbud, som gør det muligt at opstille et sådant princip også som fællesskabsretligt princip.

5. Hvis EØF-traktatens generelle konkurrenceregler således fra 11. oktober 1983 finder anvendelse på de to nævnte konkurrenceforbud, følger det deraf, at der også må tages stilling til spørgsmålet, om EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, finder anvendelse. I *denne* sammenhæng vil jeg nu vurdere sagsøgernes argumenter, som ikke angår nødvendigheden af det immanente konkurrenceforbud i forbindelse med virksomhedssalget, men *andre* synspunkter.

Vedrørende anvendelsen af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, har sagsøgte anført følgende — og jeg citerer her med vilje ordret og i fuldt omfang —:

»I henhold til artikel 85, stk. 3, kan bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, erklæres uanvendelige på enhver aftale, som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der:

a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål,

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

Strækker konkurrenceklausulerne sig ud over, hvad der objektivt set er nødvendig for overdragelse af den solgte virksomheds fulde handelsmæssige værdi, kan der kun ydes fritagelse under særlige omstændigheder; det skal især påvises, at klausulerne er nødvendige for at sikre virkeliggørelsen af mål, der kan falde ind under artikel 85, stk. 3, og som ikke blot vedrører køberens behov for at konsolidere sin nyerhvervelse yderligere.

I det foreliggende tilfælde har parterne ikke givet nogen begrundelse for anvendelse af artikel 85, stk. 3, på de to anmeldte aftaler; Kommissionen kan heller ikke se, hvorledes indføjelse af to bestemmelser om begrænsning af konkurrencen i en periode og/eller i et geografisk område, der strækker sig ud over det maksimum, som er nødvendigt for overdragelse af den solgte virksomheds fulde handelsmæssige værdi, kan bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at den sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved; ovennævnte to konkurrenceklausuler er af et sådant omfang, og de frembyder ingen betydelige objektive fordele, der kan opveje de alvorlige ulemper for konkurrencen på de pågældende markeder; der kan derfor ikke ydes fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3«.

I dette afsnit af sin beslutning henviser sagsøgte først med rette til, at der skal foreligge grunde til en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, som går videre end blot til erhververens behov for at konsolidere sin erhvervelse. Dette blev der nemlig allerede taget hensyn til ved spørgsmålet, om artikel 85, stk. 1, finder anvendelse på konkurrenceforbud, som aftales i forbindelse med virksomhedsoverdragelser. Inden for rammerne af prøvelsen efter artikel 85, stk. 3, må der derimod tages stilling til alle de argumenter fra sagsøgerne, som ikke specielt vedrører konkurrenceforbudet i forbindelse med virksomhedssalget. I denne sammenhæng har sagsøgerne, om end i en meget afsnuppet fremstilling, henvist til følgende omstændigheder:

— Remia's og Luycks' prekære økonomiske situation;

— bevarelsen af ca. 230-250 arbejdspladser;

— den omstændighed, at små virksomheder måtte overleve på et oligopolistisk struktureret marked, og at en af virksomhederne faktisk har overlevet indtil nu;

— den udvidelse af know-how på området for saucefremstilling, som er sket som følge af koncentrationen af saucefremstilling hos Remia.

Jeg kan ikke udlede af begrundelsen til Kommissionens beslutning, om sagsøgte har diskuteret disse argumenter. I hvert fald det anførte om sikring af arbejdspladser og henvisningen til markedsstrukturen ville efter min mening have givet anledning til en uddybende diskussion. Selv hvis sagsøgte har taget hensyn til disse argumenter, er dette i hvert fald ikke kommet til udtryk i begrundelsen til sagsøgtes beslutning. Sagsøgte anfører blot, at parterne ikke har givet nogen begrundelse for anvendelse af artikel 85, stk. 3, på de to anmeldte aftaler. Kommissionen begrænser sig derefter i det væsentlige til at gengive uddrag af ordlyden

af artikel 85, stk. 3, for så apodiktisk at fastslå, at de aftalte konkurrenceforbud ikke frembød betydelige objektive fordele, der kunne opveje de alvorlige ulemper for konkurrencen på de pågældende markeder.

Denne kortfattede »begrundelse« er ikke tilstrækkelig til at opfylde den i EØF-traktatens artikel 190 foreskrevne pligt, hvorefter »Kommissionens... beslutninger skal begrundes«. Omfanget af den i EØF-traktatens artikel 190 foreskrevne begrundelsespligt afhænger af den pågældende retsakts art [10]. Kommissionen er herved forpligtet til at anføre de faktiske og retlige omstændigheder, som ligger til grund for dens retlige bedømmelse af det pågældende forhold, samt de grunde, der har ført til dens beslutning, men det kræves ikke, at den imødegår samtlige retlige og faktiske indsigelser, der er rejst under den administrative procedure [11]. Allerede i dommen af 4. juli 1963 har Domstolen udførligt udtalt følgende:

»Når det i artikel 190 pålægges Kommissionen at begrunde sine retsakter, er det ikke alene af formelle grunde, men også for at give parterne mulighed for at forsvare deres rettigheder, Domstolen mulighed for at udøve sin kontrol og medlemsstaterne såvel som alle interesserde borgere mulighed for at få kendskab til, hvordan Kommissionen har anvendt traktaten. For at opfylde disse formål er det tilstrækkeligt, at der i retsakten på en kortfattet måde angives de væsentlige retlige og faktiske omstændigheder, hvorpå retsakten hviler, og som er nødvendige til forståelse af den tankegang, som har ført sagsøgte til sin beslutning; dette kan helt igennem ske i kortfattet form, når blot begrundelsen er klar og logisk.« [12]

Disse kriterier har sagsøgte ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde. Nok er dens begrundelse for ikke-anvendelse af artikel 85, stk. 3, kortfattet, men jeg savner derimod klarhed og logik.

Trods begrundelsens kortfattethed på dette punkt kan der dog påvises en yderligere retlig mangel i sagsøgtes vurdering af det af sagsøgeren anførte.

Vedrørende sagsøgernes argumenter har sagsøgte nemlig anført følgende:

»Det skal især *påvises*, at klausulerne er nødvendige for at sikre virkeliggørelsen af mål...«.

Og desuden

»i det foreliggende tilfælde har parterne ikke givet nogen *begrundelse* for anvendelse af artikel 85, stk. 3, på de to anmeldte aftaler.«

Dermed har sagsøgte draget bevisbyrdeelementer ind i sagen, som ikke er på deres plads her. Fritagelsesproceduren i henhold til artikel 85, stk. 3, er nemlig — i modsætning til proceduren om udstedelse af en negativattest — omfattet af officialmaksimen [13]. Sagsøgte skal efterprøve rigtigheden og fuldstændigheden af de i

10 — Dom af 30. 11. 1978 i sag 87/78 — Welding und Co. mod Hauptzollamt Hamburg-Waltershof — Sml. 1978, s. 2457.

11 — Dom af 29. 10. 1980 i de forenede sager 209-215 og 218/78 — Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen — Sml. 1980, s. 3125, jfr. s. 3244.

12 — Dom af 4. 7. 1963 i sag 24/62 — Forbundsrepublikken Tyskland mod EØF-Kommissionen — Sml. 1954-1964, s. 407, org. ref.: Rec. 1963, s. 131.

13 — Jfr. herved H. Schröter's redegørelse, note 137 a til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, i Groeben-Boeckh-Thiesing-Ehlermann Kommantar zum EWGV.

anmeldelsen meddelte faktiske omstændigheder og i givet fald anstille yderligere undersøgelser. De pågældende virksomheder har ganske vist en påberåbelsesbyrde; Kommissionen må imidlertid ikke pålægge dem bevisbyrden for, at betingelserne for fritagelse er opfyldt. Dette har Domstolen allerede fastslået med dommen af 13. juli 1966, hvori den har udtalt følgende:

»Virksomhederne har krav på, at Kommissionen underkaster deres ansøgninger om anvendelse af artikel 85, stk. 3, en sagligt forsvarlig prøvelse.

Kommissionen kan ikke i den henseende nøjes med at kræve, at virksomhederne fører bevis for, at forudsætningerne for dispensation er opfyldt, men må i overensstemmelse med principperne om god embedsførelse bidrage med egne midler til oplysning af de faktisk og retligt relevante forhold« [14].

I denne sammenhæng må jeg også henvise til, at den nederlandske tekst — som er den eneste autentiske — til beslutningen også sprogligt lader noget tilbage at ønske i klarhed. I begrundelsens afsnit 40 hedder det: »Vooral moet worden aangetoond...« og i afsnit 41 »In het onderhavige geval zijn de partijen er niet in geslaagd gronden aan te voeren...«. Måske er den tyske oversættelse af beslutningen gået noget for vidt, når den i de to passager opererer med henholdsvis udtrykkene »beweisen« og »nachweisen«. I den første passage ville udtryk som »vise, forklare, godtgøre, bevise« være passende, den anden vending ville ordret omtrent kunne oversættes som følger: »I det foreliggende tilfælde har parterne ikke været i stand til at anføre grunde...«.

Det fremgår i hvert fald ikke entydigt klart af beslutningen, om sagsøgte vil pålægge sagsøgerne den fulde bevisbyrde for, at betingelserne for en fritagelse er opfyldt. Dette ville være i strid med den netop citerede retspraksis. Men den anden sproglige fortolkning, som går i retning af, at parterne ikke har været i stand til at anføre grunde, er heller ikke i overensstemmelse med de faktiske omstændigheder: sagsøgerne har fremført de faktiske omstændigheder og forklaret, hvorfor de troede, at de faldt ind under artikel 85, stk. 1. Stillet over for dette anbringende skulle sagsøgte have anstillet yderligere undersøgelser. Det kan ikke være tilstrækkeligt, at sagsøgte påpeger, at det ikke ses, at betingelserne i artikel 85, stk. 3, var opfyldt.

Derfor vil jeg til slut i mit forslag til afgørelse foreslå Domstolen at annullere Kommissionens beslutning, for så vidt den angår ansøgningen om fritagelse, jfr. artikel 85, stk. 3. Der må derefter gives sagsøgte lejlighed til at træffe ny afgørelse om dette spørgsmål.

Ved sin fornyede prøvelse vil sagsøgte blandt andet skulle tage stilling til sagsøgernes anbringende om, at det aftale konkurrenceforbud har tjent til at bevare arbejdspladser. At der skal tages hensyn til dette synspunkt i sammenhæng med artikel 85, stk. 3, har Domstolen allerede fastslået i dommen af 25. oktober 1977; der har den påpeget, at bevarelse af arbejdspladser betragtet som en forbedring af de almindelige produktionsvilkår, navnlig under en økonomisk lavkonjunktur, hører til de mål, som artikel 85, stk. 3, giver mulighed for at forfølge [15]. Herved skal Kommissionen

14 — Dom af 13. 7. 1966 i de forenede sager 56 og 58/64 — Consten GmbH og Grundig-Verkaufs-GmbH mod Kommissionen — Sml. 1965-1968, s. 245, jfr. s. 259.

15 — Dom af 25. 10. 1977 i sag 26/76 — Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen — Sml. 1977, s. 1875, jfr. s. 1915.

imidlertid også tage hensyn til arbejdspladsernes skæbne hos Luycks, et firma, om hvis levedygtighed der er blevet fremsat modstridende udsagn under denne sag. Dels skal Luycks eller dens retssuccessor Sluyck være trådt i likvidation af økonomiske grunde, dels skal der imidlertid være gjort betydelige investeringer for på ny at kunne trænge ind på saucemarkedet. Endelig må sagsøgte endvidere overveje, om sagsøgte i givet fald kan give fritagelsen i henhold til artikel 8 i forordning nr. 17 for en begrænset periode, der kan være kortere end den i aftalen fastsatte periode på ti år.

C. Sammenfattende kommer jeg til følgende resultat:

Artikel 1 i Kommissionens beslutning af 12. december 1983 er gyldig. Der kan ikke rejses indvendinger imod, at det kontraktligt aftalte konkurrenceforbud af de særlige grunde, der står i sammenhæng med salg af en virksomhed, først blev undtaget fra anvendelsesområdet for EØF-traktatens artikel 85, stk. 2, indtil 1. oktober 1983 og først fra dette tidspunkt er omfattet af de generelle bestemmelser i EØF-traktatens artikel 85.

Beslutningens artikel 2 i den af Kommissionen korrigerede udgave er, for så vidt den er blevet anfægtet, ligeledes gyldig. Der er nemlig her for så vidt kun tale om en følge af beslutningens artikel 1.

Beslutningens artikel 3 bør annulleres, for så vidt den vedrører konkurrenceforbudet i sauce-aftalen og dettes forlængelse i aftalen om sursyltede produkter.

Beslutningens artikel 4 bør så ligeledes annulleres i samme omfang.

Artikel 5 er gyldig.

I øvrigt tilbagesendes sagen til Kommissionen til fornyet afgørelse.

Der træffes endelig afgørelse om sagens omkostninger i overensstemmelse med procesreglementets artikel 69, stk. 3, første afsnit.

D. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

1) Artiklerne 3 og 4 i Kommissionens beslutning 83/670/EØF af 12. december 1983 annulleres, for så vidt de vedrører konkurrenceforbudet i artikel 5 i aftalen af 31. august 1979 og i artikel V, stk. 1, litra f), sammenholdt med bilag XXIII i aftalen af 6. juli 1980.

2) Sagen tilbagesendes til Kommissionen.

3) I øvrigt frifindes sagsøgte.

4) Sagens omkostninger ophæves.